



EU-strafferetten og individets grundlæggende rettigheder

Vestergaard, Jørn

Published in:
Tidsskrift for Kriminalret

Publication date:
2016

Citation for published version (APA):
Vestergaard, J. (2016). EU-strafferetten og individets grundlæggende rettigheder. *Tidsskrift for Kriminalret*, 429-444. [TfK2016.429].

EU-strafferetten og individets grundlæggende rettigheder

- ♦ *Forholdet mellem national strafferet og EU-retten præges i tiltagende grad af EU-Domstolens tolkning af bestemmelser i Chartret om grundlæggende rettigheder, som med Lissabon-traktatens ikrafttrædelse blev ophøjet til bindende primær ret. Som følge af loyaltetsprincippet skal også danske domstole iagttage praksis fra Domstolen, selv om retsforbeholdet stadig er i kraft. I artiklen redegøres der for Domstolens praksis på området. Opmærksomheden rettes særligt mod Domstolens principielle indstilling til berettigelsen af, at medlemsstaterne indbyrdes har gensidig tillid med hensyn til beskyttelsen af grundlæggende rettigheder. Praksis på dette område viser brydningspunkterne i det samlede retsgrundlag i forbindelse med udmøntningen af retsakter, der bygger på princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser, herunder særligt rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre.*

Af Jørn Vestergaard, professor i strafferet, Københavns Universitet

Indledning

Ganske mange af de 54 bestemmelser i EU-Chartret kan have interesse i forbindelse med spørgsmål inden for såvel den materielle strafferet, straffuldbyrdsretten, strafferetsplejen som tilgrænsende retsområder, hvor der anvendes pønalt prægede sanktioner og foranstaltninger.¹

På grund af retsforbeholdet finder bestemmelserne i Chartret ikke umiddelbar anvendelse på området for retlige og indre anliggender for dansk vedkommende. Danske domstole kan således ikke forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen eller gyldigheden af retsakter på området.² Men Danmark kan afgive indlæg eller skriftlige udtalelser i sager indbragt af andre.³ Og som følge af loyaltetsprincippet har danske domstole pligt til at iagttage praksis fra Domstolen.⁴ Indtil videre har danske domstole kun i ganske få tilfælde haft lejlighed til at berøre Chartrets bestemmelser i straffesager.⁵

Opindeligt blev beskyttelsen af grundlæggende rettigheder et tema i fællesskabsretten gennem retspraksis i sager om dennes legitime forrang i forhold til national ret. Medlemsstaterne fik derved sikkerhed for, at fællesskabslovgivningen respekterede grundlæggende rettigheder og menneskerettigheder samt medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner.⁶ Da Chartret blev vedtaget sammen

med Nice-traktaten ved Det Europæiske Råds møde i december 2000, fik det fra først af status som en politisk erklæring. Med ophøjelsen til retligt bindende primær ret ved Lissabon-traktatens ikrafttrædelse den 1. december 2009 blev det på bl.a. det strafferetlige område i bred forstand fastslået, at grundlæggende rettigheder skal tillægges mindst samme beskyttelsesniveau som garanteret ved andre internationale overenskomster, som medlemsstaterne har tilsluttet sig, herunder særligt EMRK, samt medlemsstaternes forfatninger.⁷

Inddragelsen af Chartret i traktatgrundlaget har nu sat sit præg på dele af EU-strafferetten særligt for de medlemsstater, som deltager fuldt ud i det overstatslige samarbejde på området for retlige og indre anliggender. Området er blandt dem, der med Lissabon-traktaten undergik de største strukturelle ændringer, og indholdsmæssigt har traktaten medført en opgradering af grundlæggende rettigheders betydning.

Med Lissabon-traktaten blev Unionens strafferetlige kompetence udvidet, sådan som det er kommet til udtryk i Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF).⁸ I det nugældende traktatgrundlag er det udtrykkeligt fastslået, at samarbejdet i straffesager bygger på princippet om gensidig anerkendelse af domme og retsafgørelser og omfatter indbyrdes tilnærmelse af medlemssta-

1 Den Europæiske Union anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i Chartret, »der har samme juridiske værdi som traktaterne«, jf. art. 6(1) TEU. Om retfærdighed i retssystemet, se bestemmelserne i Chartrets afsnit VI (art. 47-50). Chartrets art. 52(1) indeholder de klassiske krav til begrænsninger i udøvelsen af rettigheder og friheder. For en mere udførlig fremstilling af Chartrets påvirkning af strafferetten, se forfatterens bidrag til antologien *EU's Charter – i et menneskeretligt krydsfelt*, red. Eva Ersbøll, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016 (under udgivelse). Her findes der yderligere henvisninger til litteraturen på området.

2 Jf. art. 2 i Protokol 22 om Danmarks stilling. I forhold til retsakter udstedt før Lissabon-traktatens ikrafttrædelse ville en sådan kompetence for Domstolen forudsætte afgivelse fra dansk side af erklæring herom efter art. 35 EU.

3 Jf. art. 23(2) i Protokol 3 om statuten for Domstolen.

4 Om loyaltetsprincippet, se art. 4(3) TEU.

5 I U 2013.834 H havde Højesteret lejlighed til at strejfe Chartrets art. 50 om *ne bis in idem*. Der skete i denne sag hjemvisning på grund af, at de foreliggende oplysninger ikke var tilstrækkelige til at vurdere, om en græsk arrestordre omfattede forhold, som sigtede tidligere var dømt for. Højesterets kendelse refererer bl.a. EU-Domstolens afgørelse i sag C-261/09 *Mantello* samt EMD's afgørelse i sagen *Zolotukhin mod Rusland*, hvori der vedrørende spørgsmålet om *ne bis in idem* henvises til art. 50 i Chartret.

6 Om Unionens værdier, jf. nu art. 2 TEU. I relation til området med frihed, sikkerhed og retfærdighed er den eneste udtrykkelige anerkendelse i traktatgrundlaget af grundlæggende rettigheder den generiske art. 6 TEU.

7 Se nærmere art. 53 i Chartret. Da Chartret ikke er udtømmende, kan der på EU-rettens område fortsat være yderligere grundlæggende rettigheder forankret i EMRK eller i medlemsstaternes forfatningsretlige traditioner.

8 Jf. Tredje Del, Afsnit V, kap. 4 og 5 TEUF.

ternes lovgivning på de udtrykkeligt opregnede områder vedrørende alvorlig kriminalitet med en grænseoverskridende dimension.⁹

Traktaten hjemler i øvrigt fastsættelse af minimumsregler om enkeltpersoners rettigheder inden for strafferetsplejen, nu ved udstedelse af direktiver.¹⁰ Der kan også lovgives om gensidig anerkendelse af bevismidler og om kriminalitetsofres rettigheder.¹¹

Foranstaltninger på området vedtages nu af Parlamentet og Rådet i fælleskab som direktiver efter den almindelige lovgivningsprocedure,¹² dvs. med fælles beslutningstagning og med adgang til flertalsafgørelser, om end med visse særlige modifikationer, og med kompetence for EU-Domstolen.¹³ Rammeafgørelser kan ikke længere udstedes, men de allerede vedtagne er gældende, indtil de måtte blive erstattet af direktiver.¹⁴ På grund af det danske retsforbehold er sådanne ikke bindende for eller finder anvendelse i Danmark, som heller ikke deltager i deres forberedelse eller vedtagelse.¹⁵

Princippet om gensidig anerkendelse som »hjørnesten« i samarbejdet

Med Amsterdam-traktatens ikrafttrædelse i 1999 blev der ambitiøst fastlagt en pluralistisk målsætning om at bevare og udbygge Unionen som »et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed« for at give borgerne et højt tryghedsniveau, og der blev foretaget en udbygning af, hvad fælles handling vedrørende politisamarbejde og retligt samarbejde omfattede.¹⁶

Det Europæiske Råd trådte i 1999 sammen med henblik på en drøftelse, der udelukkende handlede om retlige og indre anliggender, RIA-spørgsmål. De såkaldte Tammerfors-konklusioner fra dette topmøde i Finland kom til at rumme den konkrete dagsorden for gennemførelsen af Amsterdam-traktatens målsætning på området. Heri indgik bekæmpelse af kriminalitet på EU-plan som én af fire prioriteter. Desuden blev *princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser* ophøjet til en »hjørnesten« i samarbejdet. Tillige skulle indbyrdes tilnærmelse af lovgivningen »lette samarbejdet mellem myndighederne og fremme den retlige beskyttelse af den enkeltes rettigheder«.¹⁷ Det politisk-ideologiske grundlag for princippet om gensidig anerkendelse skulle være »en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne«.

Som opfølgning på Tammerfors-konklusionerne ved udløbet af den femårsperiode, som disse skulle omfatte, vedtog Det Europæiske Råd i 2004 et nyt politisk rammeværk med det såkaldte Haag-program, der i kølvandet på 9/11 havde en kraftig betoning af sikkerhed i forhold til frihed og retfærdighed.¹⁸ I 2009 blev Haag-programmet afløst af det mere afbalancerede Stockholm-program, hvor respekt for grundlæggende friheder og sikringen af borgernes rettigheder og retsstatsprincipper kom til at stå i forgrunden.¹⁹ Post-Stockholm har Det Europæiske Råd i 2014 fastlagt et bredt sæt af strategiske retningslinjer, som bl.a. omfatter området med frihed, sikkerhed og retfærdighed.²⁰

- 9 Jf. art. 82 TEUF om principper, mål og midler for det strafferetlige samarbejde. Om minimumsharmonisering af straffbare handlinger og strafferammer, se nærmere art. 83 TEUF. En udtømmende opregning af en række områder med alvorlig grænseoverskridende kriminalitet er fastlagt i art. 83(1)(1). Under forudsætning af enstemmighed i Rådet åbner art. 83(1)(2) teoretisk set for initiativer på andre kriminalitetsområder, men denne mulighed har næppe nogen praktisk betydning. Det vil derimod kunne være tilfældet med hensyn til residualbestemmelsen i art. 83(2), der i princippet tillader indbyrdes tilnærmelse på det strafferetlige område, hvis det anses for *absolut nødvendigt* for at sikre gennemførelsen af en EU-politik omfattet af harmoniseringsforanstaltninger. Generelt forudsætter indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes straffelovgivning, at dette er *nødvendigt* »for at sikre et højt sikkerhedsniveau«, jf. TEUF art. 67(3).
- 10 Jf. art. 82(2)(b) TEUF.
- 11 Jf. art. 82(2)(a) og (c) TEUF. En generel hjemmel til udstedelse af retsakter om tilnærmelse på det straffeprocessuelle område er ikke indeholdt i traktaten, som forudsætter generel tilbageholdenhed med indgriben i medlemsstaternes strafferetspleje. Traktaten åbner dog for lovgivning om »andre særlige elementer i strafferetsplejen«, hvis der opnås enstemmighed og godkendelse fra Parlamentet, jf. art. 82(2)(d).
- 12 Om Unionens retsakter, se art. 288 ff. TEUF. Se nærmere art. 289 og 294, jf. art. 82-85, 87 og 88 TEUF. Samordningen af det operationelle samarbejde er forankret i Den Stående Komité for det Operationelle Samarbejde om den Indre Sikkerhed, COSI, se nærmere art. 71 TEUF.
- 13 I tilfælde af at en medlemsstat finder, at et direktivforslag vil berøre »grundlæggende aspekter« af dens nationale strafferet, kan den nedlægge veto og få beslutningen henskudt til Det Europæiske Råd, se nærmere art. 82(3) og art. 83(3) TEUF, som åbner for et forstærket samarbejde mellem tilhængere af forslaget.
- 14 Retsvirkningerne af retsakter vedtaget forud for Lissabon-traktatens ikrafttrædelse bevares, så længe sådanne retsakter ikke er ophævet, annulleret eller ændret, jf. art. 9 i Protokol 36 om overgangsbestemmelser.
- 15 Se art. 2 i Protokol 22 om Danmarks stilling, hvorefter ingen bestemmelser, foranstaltninger eller afgørelser på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed »på nogen måde berører Danmarks beføjelser, rettigheder og forpligtelser« eller »udgør en del af EU-retten, således som de finder anvendelse på Danmark«.
- 16 Om Unionens mål, se nu art. 3(2) TEU. Bestemmelserne om et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed findes nu i Tredje Del, Afsnit V, art. 67-76 TEUF.
- 17 Det Europæiske Råd i Tammerfors den 15. og 16. oktober 1999, formandsskabets konklusioner, afsnit VI.
- 18 Haag-Programmet, *Styrkelse af Frihed, Sikkerhed og Retfærdighed i De Europæiske Union*, se 2005/C 53/01.
- 19 Stockholm-Programmet, *Et åbent og sikkert Europa i borgernes tjeneste og til deres beskyttelse*, se 2010/C 115/01. Det Europæiske Råd erklærede nu, at fokus på borgernes interesser og behov burde prioriteres, men erkendte samtidig udfordringen i at sikre respekt for de grundlæggende rettigheder og friheder og menneskets integritet samtidig med at garantere sikkerheden i Europa. Retshåndævelsesforanstaltninger og foranstaltninger til sikring af individuelle rettigheder, retsstaten og internationale beskyttelsesregler skulle gå hånd i hånd i samme retning og styrke hinanden gensidigt. Respekten for grundlæggende rettigheder blev bl.a. understreget i Rådets køreplan (roadmap) med henblik på at styrke mistænkt eller tiltalt persons proceduremæssige rettigheder i straffesager, se 2009/C 295/01. For en status, se: www.ec.europa.eu/justice/criminal/criminal-rights/index_en.htm. Se i øvrigt Kommissionens *Strategy for effective Implementation of the Charter of Fundamental Rights*, COM(2010) 573 final.
- 20 Se EUCO 79/14. Forarbejderne til strategien omfatter bl.a. Kommissionens *Justice Agenda for 2020*, som tager afsæt i behovet for konsolidering, kodificering og komplettering, herunder under hensyntagen til variationen i medlemsstaternes retssystemer og retstraditioner samt respekt for subsidiaritet, proportionalitet og bestemmelserne i Chartret, COM(2014) 144 final.

Med Lissabon-traktaten fik princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser i straffesager status som primær ret.²¹

Gensidig anerkendelse indebærer, at omdrejningspunktet for det strafferetlige samarbejde i en konkret straffesag er den afgørelse, som i en medlemsstat er truffet af en judiciel myndighed, der så fremsætter en anmodning om fuldbyrdelse af sin afgørelse i en anden medlemsstat. Afgørelsen i den udstedende stat kan f.eks. dreje sig om iværksættelse af efterforskningsskridt, udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrdelse, fuldbyrdelse af straffedomme, fuldbyrdelse af afgørelser om beslaglæggelse og konfiskation eller iværksættelse af tilsynsforanstaltninger over for sigtede. Indtil videre er princippet om gensidig anerkendelse udmøntet i en halv snes retsakter.

Særlig praktisk og paradigmatiske betydning fik udstedelsen i 2002 af rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, som indebar et opgør med nogle af grundsætningerne i den klassiske udleveringsret, hvorunder der i afgørelser kunne indgå såvel juridiske som politiske hensyn.²² Med denne retsakt blev der fastlagt en »juridificeret« ordning, der skulle effektivisere det retlige samarbejde på området ved bl.a. at indføre begrænsninger på de lovlige afslagsgrunde.²³ Det klassiske krav om dobbelt strafbarhed blev afskaffet for en række kriminalitetsarter, som i de enkelte retsakter opregnes på en såkaldt positivliste med angivelse af 32 generisk formulerede kriminalitetsarter. Desuden kunne der ikke længere meddeles afslag på en anmodning om udlevering med den begrundelse, at sagen drejede sig om en af den anmodede medlemsstats egne statsborgere.

I samarbejdet på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse skal en judiciel myndighed i den medlemsstat, der anmodes om at fuldbyrde en afgørelse truffet i en anden medlemsstat, kun foretage en meget begrænset kontrol med, at betingelserne for at efterkomme anmodningen er opfyldt i det foreliggende tilfælde, først og fremmest ved at sikre at afgørelsen er korrekt udstedt og gyldig, og at der ikke i det foreliggende tilfælde foreligger nogen af de udtømmende opregnede afslagsgrunde, som konkret kan være til hinder for at imødekomme anmodningen. I en række henseender er forpligtelserne til at medvirke i et mellemstatsligt samarbejde således langt mere vidtgående end tidligere, procedurerne er mere strømlinede, og tidsfristerne er stramme. Imødekommelse af en anmodning om fuldbyrdelse af en afgørelse truffet i en anden medlemsstat kan dog i princippet afvises, hvis en imødekommelse ville indebære en væsentlig krænkelse af den berørtes menneskerettigheder.²⁴ Prin-

cippet om gensidig anerkendelse indebærer således ikke en helt absolut forpligtelse til at imødekomme en anmodning fra myndighederne i et andet medlemsland.²⁵ Se mere herom senere.

Chartrets rækkevidde i forhold til EU-strafferetten – udvalgte områder og afgørelser

EU-Domstolen betragter ikke varetagelse af den offentlige sikkerhed og respekt for grundlæggende rettigheder som modsatrettede målsætninger, men som sammenhængende og indbyrdes supplerende mål.²⁶ En sådan forestilling kan der med rette sættes spørgsmålstegn ved.

Domstolen har i en række sager fortolket retsakter af stor betydning for såvel Unionens indre forfatningsretlige forhold, forholdet til eksterne partnere som borgernes retsstilling. I det følgende vil der blive redegjort for de vigtigste afgørelser med implikationer for beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder på området. På det strafferetlige område i bred forstand har Chartret også betydning i forhold til retsakter, der ikke direkte tager afsæt i reglerne om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes strafferet eller princippet om gensidig anerkendelse, men som vedrører sikkerhedshensyn, der enten udmønter sig i sanktioner eller andre foranstaltninger af pønalt beskaffenhed eller med tætte bånd til efterretningsvirksomhed og i den sidste ende til strafferetlig efterforskning.

Kadi

I bekæmpelsen af den internationale terrorisme har lister over mistænkte og indefrysning af deres økonomiske aktiver sat frihedsrettigheder og menneskerettigheder på en vanskelig prøve. Med den berømte afgørelse i sagen *Kadi* har Domstolen med henvisning til retsstatsprincippet fastholdt EU-retten som autonom retsorden og fastslået, at enhver foranstaltning anordnet under EU-retten i princippet er undergivet EU-rettens procesgarantier.²⁷ Dette gælder også med hensyn til forordninger udstedt med henblik på implementering af Sikkerhedsrådets resolutioner om det sanktionsregime, der er etableret til bekæmpelse af Taliban, al-Qaeda og dermed forbundne personer og enheder, herunder for at modvirke finansiering af terrorisme. Domstolen afviste i den forbindelse, at Sikkerhedsrådets resolutioner udstedt med hjemmel i FN-Pagten kap. VII havde forrang i forhold til de grundrettigheder, som gennem retspraksis er fastlagt i EU-rettens generelle principper i lyset af medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner som stadfæstet

21 Se nærmere art. 82(1) TEUF, der anordner almindelig lovgivningsprocedure for det retlige samarbejde i straffesager i Unionen.

22 Domstolen har i en halv snes præjudicielle afgørelser fortolket retsakter, se herom senere. Litteraturen om ordningen er omfattende, se på dansk Henning Bang Fuglsang Madsen Sørensen *Den europæiske arrestordre og retten til erstatning for frihedsberøvelse*, 2015, udgivet på baggrund af en ph.d.-afhandling. Om reglerens oprindelse, se Jørn Vestergaard, »Den europæiske arrestordre«, *Tidsskrift for Kriminalret* 2004, s. 555-567. Om nyere dansk retspraksis og grundlæggende rettigheder, se Jesper Hjorten, *EU- og Menneskeret*, 2014, s. 209 ff.

23 Om tilladte afslagsgrunde, se således sag C-123/08 *Woltzenburg* [2009].

24 Se senere om sagen C-396/11 (2013) *Radu*.

25 Se således sagen C-306/09 (2010) *I.B.* Sagen vedrørte udlevering til Rumænien fra Belgien. Det centrale spørgsmål i den præjudicielle afgørelse var, om imødekommelse af en europæisk arrestordre udstedt med henblik på fuldbyrdelse af en straffedom, der er idømt ved en afgørelse truffet *in absentia*, kan betinges af, at den pågældende person, som er statsborger i den anmodede medlemsstat, overføres til denne med henblik på at afsone en straf idømt efter afholdelse af en ny retssag under den pågældendes tilstedeværelse. Hertil svarede Domstolen bekræftende. Jonas Christoffersen anfører s. 121, at Domstolen henviste til art. 6 i Chartret, men henvisningen gik rettelig på kap. VI (retfærdighed i retssystemet).

26 Se således EU-Domstolens afgørelse i de forenede sager C-293/12 og C-594/12 (2014) *Digital Rights Ireland m.fl.*, para. 42. Afgørelsen omtales nærmere nedenfor. En tilsvarende opfattelse ligger til grund for Stockholm-programmet.

27 De forenede sager C-402/05 P & 415/05 P, *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] (*Kadi I*). Se principiel tilslutning til *Kadi I* fra EMD i sagen *Nada v. Switzerland* 12/9 2012. Det globale sanktionsregime mod al-Qaeda m.fl. blev etableret med Sikkerhedsrådets resolution 1390 af 16.01.2002, som byggede videre på resolution 1267, 1999 og senest er opretholdt med resolution 2161, 2014. Som opfølgning på Sikkerhedsrådets generiske resolution 1373 har EU i øvrigt også etableret et autonomt sanktionsregime. Litteraturen om terrorlister og sanktioner er omfattende. En udførlig behandling på dansk er foretaget af Jørn Vestergaard i artiklen »Europæisk Kadi-ret - om terrorfinansiering, indefrysning og menneskerettigheder«, *Tidsskrift for Kriminalret* nr. 7, 2010 s. 709-726. Se i øvrigt temanummer af *New Journal of European Criminal Law*, No. 3, 2015.

i EMRK art. 6 og 13 og bekræftet i EU-Chartrets art. 47, herunder retten til en begrundelse, retten til fuld domstolsprøvelse og retten til et effektivt forsvar. Domstolen fandt følgelig den anfægtede forordning »åbenbart« (*patently*) stridende mod en række grundrettigheder og annullerede derfor retsaktens. Virkningen heraf blev i FN-regi en vis opstramning af retsgarantierne under Sikkerhedsrådets sanktionsregime. Herefter blev Mr. Kadi på ny blacklistet, og denne gang modtog han en summarisk begrundelse fra sanktionskomitéen under Sikkerhedsrådet, hvilket Domstolen imidlertid heller ikke fandt tilstrækkeligt som retsgaranti, idet ingen af de påstande, der var fremført mod Mr. Kadi i begrundelsen fra komitéen, kunne begrunde vedtagelsen på EU-plan af restriktive foranstaltninger mod ham, dels på grund af den utilstrækkelige begrundelse, dels i lyset af manglende oplysninger eller beviser, som kunne støtte den enkelte grund, stillet over for den berørtes udførlige indsigelser.²⁸ Efterfølgende blev Mr. Kadis navn så slettet af sanktionskomitéens liste. Domstolens afgørelser har haft stor betydning både som udtryk for værnet om EU-retten som autonom retsorden og som understregning af, at de grundlæggende rettigheder vedrørende retfærdig rettergang også skal respekteres i sager vedrørende mistanke om terrorrelaterede forhold.

Digital Rights Ireland

Med den vigtige afgørelse *Digital Rights Ireland* tog Domstolen stilling til lovligheden af direktivet om forpligtelser for udbydere af telekommunikation til logning i mindst to år af metadata.²⁹ Domstolen lagde heri som udgangspunkt til grund, at direktivets angivelige (»direkte«) formål var harmonisering på området for det indre marked, nemlig med hensyn til udbyderes forpligtelser til opbevaring af visse data. Imidlertid fandt domstolen, at det egentlige formål (*material objective*) med retsaktens var sikringen af, at data er tilgængelige med henblik på efterforskning, opdagelse og retsforfølgning af alvorlig kriminalitet for derved ultimativt at bidrage til kampen herimod og værnet om den offentlige sikkerhed. I lyset heraf fandt Domstolen, at retsaktens i forhold til retten til privatliv og retten til databeskyttelse overskred grænsen i forhold til proportionalitetsprincippet, således som dette er fastlagt i Chartret.³⁰ Den foreskrevne pligt til logning af stort set alles personlige data var egnet til at skabe en oplevelse af konstant masseovervågning, som tillod dannelsen af ganske præcise konklusioner om enkeltpersoner, herunder om deres vaner, opholdssteder, daglige bevægelsesmønstre, aktiviteter og sociale kontakter. Dette var en uforholdsmæssig indblanding i hele den europæiske befolknings

privatliv, og retsgarantierne var grundlæggende utilstrækkelige. Direktivet var derfor uforeneligt med et demokratisk samfunds virkemåde og blev erklæret ugyldigt. Følgelig bortfaldt de i retsaktens indeholdte forpligtelser for medlemsstaterne. Dette skal dog ikke opfattes som et absolut forbud mod logning, idet der i princippet lovligt vil kunne fastsættes regler herom i national lovgivning, hvis denne ud fra en samlet vurdering indeholder tiltrækkelige garantier med henblik på at beskytte logningsdata mod risikoen for misbrug samt mod ulovlig adgang til og anvendelse af oplysningerne.³¹

Schrems

I en nyere afgørelse har Domstolen i forhold til et tredjeland anlagt en højere standard med hensyn til gensidig tillid til beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder, end den der gælder i forholdet mellem medlemslandene i EU's interne retsorden. I sagen *Schrems* blev det fastslået, at EU-retten forbyder videregivelse af data til lande med lavere databeskyttelse, og Domstolen annullerede følgelig en kommissionsafgørelse som følge af utilstrækkelig datasikkerhed i forbindelse med udlevering af personoplysninger til USA.³² Med direktivet om beskyttelse af persondataoplysninger³³ som retsgrundlag havde Kommissionen truffet beslutning om, at lovgivning og praksis i USA gav et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau til, at det var lovligt at overføre data til USA.³⁴ Den østrigske statsborger Maximilian Schrems indgav en klage til det irske datatilsyn over Facebook Ireland, som er et datterselskab af Facebook Inc., der har hjemsted i USA. Klageren ønskede et forbud mod, at Facebook Ireland videregav hans personoplysninger til USA, idet han gjorde gældende, at amerikansk lovgivning og praksis ikke sikrede en tilstrækkelig beskyttelse af personoplysninger mod amerikanske efterretningstjenesters overvågningsvirksomhed, herunder navnlig aktiviteterne i National Security Agency, NSA. Klagen blev afvist som ugrundet, idet det irske datatilsyn bl.a. ikke fandt det bevist, at NSA havde skaffet sig adgang til den berørtes personoplysninger. Datatilsynet henviste i den forbindelse til, at Kommissionen havde fastslået, at USA sikrer et tilstrækkeligt beskyttelsesniveau. Klageren anlagde herefter sag ved den irske High Court, der forelagde Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelser i direktivet om persondatabeskyttelse sammenholdt med bestemmelser i Chartret var til hinder for, at en medlemsstats tilsynsmyndighed kunne behandle en persons anmodning om beskyttelse af vedkommendes rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandlingen af vedkommendes personoplysninger, som

28 Sag T-85/09 (2010), *Kadi v. Commission (Kadi II)*. Se tillige de forenede sager C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P (2013) *Commission, Council and United Kingdom v. Kadi*. På tidspunktet for afgørelsen var den ægyptiske forretningsmand Mr. Kadi forinden blevet slettet af såvel FN's som EU's liste, hvilket kan have bidraget til at gøre Domstolens principfaste indstilling mindre politisk sprængfarlig.

29 Dir. 2006/24/EF om lagring af data genereret eller behandlet i forbindelse med tilvejebringelse af offentligt tilgængelige elektroniske kommunikationstjenester eller elektroniske kommunikationsnet og om ændring af direktiv 2002/58/EF.

30 Jf. art. 52(1), smh. art. 7 og 8 i Chartret. Om retsgrundlaget for forskrifter om persondatabeskyttelse, se art. 39 TEU og art. 16 TEUF. Se de forenede sager C-293/12 og C-594/12 (2014) *Digital Rights Ireland m.fl.* Litteraturen om afgørelsen er omfattende, se f.eks. Federico Fabrini, »Human Rights in the Digital Age: The European Court of Justice Ruling in the Data Retention Case and its Lessons for Privacy and Surveillance«, *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 28, 2015, pp. 65-95. Se samme og andre i *Tillburg Law Review* 2015, Vol. 20, temanummer om *Privacy and National Security in the Digital Age*.

31 Om dommens betydning for dansk ret, se Justitsministeriets notat af 02.06.2014. De danske regler om logning fremgår nu af bkg. 988, 2006 som ændret ved bkg. 660, 2014, jf. vejl. 74, 2006. Ændringen indebar, at pligten til sessionslogning (internetlogning) er ophævet, mens der stadig skal foretages telelogning. Justitsministeriet har aktuelle overvejelser om at genindføre en pligt til sessionslogning, hvilket har ført til omfattende offentlig debat.

32 Sag C-362/14 (2015) *Maximilian Schrems v. Data Protection Commissioner*. Sagen vedrørte persondatadirektivet sammenholdt med art. 7 (respekt for privatliv), 8 (beskyttelse af personoplysninger) og 47 (effektive retsmidler) i Chartret.

33 Jf. art. 25(6) i dir. 96/46/EF om overførsel af data til tredjelande.

34 Som grundlag for den såkaldte EU-US *Safe Harbour*-aftale havde Kommissionen med beslutning 2000/520 fundet det tilladt at overføre data til amerikanske virksomheder, som overholdt principperne om databeskyttelse.

er blevet videregivet fra en medlemsstat til dette tredjeland.³⁵ Domstolen lagde til grund, at kravet om tilstrækkelig beskyttelse (*adequate protection*) ikke nødvendigvis fordrer, at det pågældende tredjeland har samme beskyttelsesniveau som Unionen, men at standarden til enhver tid i det væsentlige skal svare hertil i praksis (*essentially equivalent*), idet der ellers ville foreligge mulighed for omgåelse ved forum shopping. Da ordningen tillod amerikanske myndigheder at skaffe sig adgang til de opbevarede oplysninger og i øvrigt ikke indeholdt tilstrækkelige procesgarantier for personer, der ønskede aktindsigt, sletning eller korrektion af data, var den i strid med grundlæggende rettigheder. Kommissionens afgørelse blev herefter annulleret.³⁶

Advocaten voor de Wereld

Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre har haft stor betydning med henblik på at smidiggøre udleveringspraksis mellem medlemsstaterne, og ordningen kan med rette betegnes som en stor succes for satsningen på at forankre det retlige samarbejde i straffesager på princippet om gensidig anerkendelse af retsafgørelser. Men når vægten på hensynet til retshåndhævelsen øges, kommer hensynet til retfærdig rettergang selv sagt under pres. Landenes lovgivning, retskulturelle traditioner og praktiske forhold er til dels forskelligartede, herunder med hensyn til kriminalisering, retsplejeregler og straffeniveau. Det er bl.a. et problem, at rammeafgørelsen i visse tilfælde forpligter til udlevering i forholdsvis små sager.³⁷ De i rammeafgørelsen udtømmende opregnede grunde til at afslå en anmodning om udlevering omfatter ikke beskyttelsen af grundlæggende rettigheder, hvilket afspejler brydningen i opfattelser mellem dem, der ønsker en formalisering af, at en sådan retsgaranti iagttages i enhver konkret sag, og dem, der betragter en udtrykkelig tilkendegivelse herom som overflødig og undergravende for den gensidige tillid til medlemsstaternes retssystemer. Som en mellemvej er der i rammeafgørelsen indsat en standardklausul om, at virkningen af retsakten ikke skal være at modificere pligten til at respektere de grundlæggende rettigheder og retsprincipper, således som de er defineret i art. 6 TEU.³⁸ Nogle af medlemslandene har

i deres nationale lovgivning medtaget krænkelse af grundlæggende rettigheder som afslagsgrund, hvilket har givet anledning til bemærkelsesværdigt forbeholdne reaktioner fra Kommissionen.³⁹

Domstolen har i afgørelsen *Advocaten voor de Wereld* taget udgangspunkt i, at traktatgrundlaget ikke forudsætter, at retsakter udstedt med udgangspunkt i princippet om gensidig anerkendelse forudsætter harmonisering, men grundlæggende bygger på en forudsætning om gensidig tillid mellem medlemsstaterne, som hver især forudsættes at yde samme effektive beskyttelse af de grundlæggende rettigheder, som fastlagt i EU-retten.⁴⁰ Rationalet er, at alle medlemsstater jo er forpligtet af de samme menneskeretlige minimumstandards. Rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre vedrører således ikke harmonisering af forbrydelseskategorier, og listen over de 32 forhold, der ikke forudsætter efterprøvelse af dobbelt strafbarhed, bygger følgelig på en forudsætning om, at retsforfølgningen i den anmodende stat retter sig mod en forbrydelse, sådan som denne nu engang er defineret i den pågældende stats lovgivning.⁴¹ Legalitetsprincippet forudsættes med andre ord at blive respekteret af myndighederne i den anmodende stat.⁴² Domstolen fandt derfor rammeafgørelsen i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder.⁴³ Domstolens præmisser rejste naturligt nok spørgsmålet om, hvorvidt »gensidig tillid« på nogle områder nærmest får karakter af »blind tillid«.

Melloni

Umiddelbart kunne man forestille sig, at virkningen af bestemmelserne i Chartret udelukkende ville være at garantere mindstestandarder for beskyttelsen af friheder og rettigheder.⁴⁴ Dette er imidlertid ikke tilfældet på alle områder. Tværtimod kan der i forhold til dele af sekundær lovgivning, der udmønter princippet om gensidig anerkendelse, snarere være tale om maksimumstandards. Ifølge Chartrets bestemmelse om beskyttelsesniveau må ingen bestemmelse i dette ganske vist fortolkes som en begrænsning af eller et indgreb i de grundlæggende menneskerettigheder og frihedsrettigheder, der anerkendes i bl.a. EMRK eller i medlemsstaternes forfatninger. Dette kunne betyde, at når en EU-retsakt henviser til

35 Jf. art. 7 (respekt for privatliv) og art. 8 (beskyttelse af personoplysninger) i Chartret. I skrivende stund er fremtiden for en EU-US *Safe Harbour*-ordning usikker. Det samme gælder med hensyn til aftalen om videregivelse af data under aftalen med USA om ordningen med *Passenger Name Record* (PNR).

36 Domstolen fastslog desuden, at medlemsstaternes nationale datatilsyn er bemyndiget til at kontrollere overførsel af data fra EU til tredjelande.

37 Kommissionens evaluering af praksis under rammeafgørelsen om den europæiske rammeafgørelse understregede behovet for at anlægge en proportionalitetstest for at undgå udlevering i småsager, se COM(2011) 175 final. Direktivet om den europæiske efterforskningskendelse bygger videre på det koncept, som blev introduceret med rammeafgørelsen om arrestordren, men udmærker sig bl.a. ved forudsætninger om, at udstedelsen af en sådan retsanmodning er »nødvendig og forholdsmæssig«, at imødekomme af anmodningen kræver, at det ønskede efterforskningskridt er hjemlet i modtagerstatens retsorden, samt at anmodningen kan afslås, hvis imødekomme ville være i strid med art. 6 TEU og Chartret. Se en række af direktivets præambelbetragtninger samt de operative art. 1(4) og art. 11(1)(f).

38 Jf. art. 1(3) i rammeafgørelse 2002/584/RIA om den europæiske arrestordre. Se tillige præambelbetragtning 12 med tilkendegivelser, der genfindes i andre retsakter udstedt på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse.

39 Jf. således Kommissionens evalueringsrapport COM(2006) 8 final. I en bemærkelsesværdig afgørelse har den nordiske High Court afvist en begæring om udlevering til Litauen i lyset af en begrundet formodning om, at varetægtsforholdene ville være i strid med art. 3 EMRK, se *Lithuania v. Liam Campbell* [2013] NIQB 19.

40 Sag C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007].

41 »The actual definition of those offenses and the penalties applicable are those which follow from the law of the issuing Member State« Domstolen fandt heller ikke tilsidesættelse af lighedsgrundsætninger eller diskrimination i forhold til personer mistænkt for lovovertrædelser, der ikke er optaget på positivlisten.

42 De forskellige forgreninger af legalitetsprincippet er fastslået i art. 49 i Chartret, der på EU-rettens anvendelsesområde er forudsat fortolket i overensstemmelse med praksis ved EMD i henhold til art. 7 EMRK. Det bemærkes, at legalitetsprincippet slår igennem i forhold til princippet om direktivfortolkning, der ikke kan anvendes til skærpelse af strafansvaret efter national ret, jf. herom sag C-7/11 (2012) *Caronna*.

43 Afgørelsen er blevet kritiseret for at anlægge en for restriktiv opfattelse af legalitetsprincippet og for derved at undslå sig for at forholde sig til spørgsmålet om behovet for en vis grad af minimum tilnærmelse vedrørende de relevante deliktskategorier. Afgørelsen giver heller ikke i øvrigt nogen vejledning om forudsætninger og rammer for regler om gensidig anerkendelse.

44 På visse områder kan Chartret indebære et højere beskyttelsesniveau end EMRK, f.eks. mht. retsmidler og domstolsprøvelse. Jf. art. 47 i Chartret.

ationale gennemførelsesforanstaltninger, har de nationale domstole beføjelse til at henholde sig til deres nationale niveauer for beskyttelse af grundlæggende rettigheder. En bogstavnær fortolkning af bestemmelsen ville således indebære, at en medlemsstat er berettiget til forfatningsmæssigt at fastlægge og håndhæve et højere beskyttelsesniveau end det, der følger af Chartret, f.eks. på det straffeprocessuelle område. Til trods for Chartrets ellers klare ordlyd fandt Domstolen i sagen *Melloni* imidlertid, at det ville være undergravende for EU-retten, hvis bestemmelsen skulle forstås på en sådan måde, at den kunne påberåbes i tilfælde af, at en medlemsstats forfatningsretlige regler gav en bedre beskyttelse end Chartret.⁴⁵

Sagen handlede om, hvorvidt en medlemsstat kunne afvise en anmodning om udlevering på grundlag af en europæisk arrestordre som følge af manglende overholdelse af retten til et effektivt forsvar mv.⁴⁶ I det pågældende tilfælde var Stefano Melloni *in absentia* blevet idømt 10 års fængsel ved en italiensk domstol i en sag om konkurssvindler. Han opholdt sig nu i Spanien, hvor reglerne om domfældelse *in absentia* gav den tiltalte en bedre beskyttelse end de italienske regler. Efter disse var der ikke adgang til fornyet prøvelse af en dom afsagt *in absentia*, hvilket ikke var i overensstemmelse med reglerne om retten til retfærdig rettergang i spansk forfatningsret, hvorefter udlevering til straffuldbyrdelse skulle betinges af en ret til appel. På baggrund af formåls- og ordlydsfortolkning lagde Domstolen først til grund, at rammeafgørelsen gør udtømmende op med de gyldige afslagsgrunde, herunder med henblik på tilfælde hvor domfældelse er sket *in absentia*, og at ingen af disse forelå i det konkrete tilfælde.⁴⁷ Under henvisning til praksis ved EMD fastslog Domstolen herefter, at retten til at være til stede under retssagen ikke er absolut. Rammeafgørelsens formål er at styrke processuelle rettigheder under hensyntagen til princippet om gensidig anerkendelse, og da reglerne i retsaktens afspejler medlemsstaternes fælles opfattelse, blev de følgelig anset som forenelige med Chartrets bestemmelser.⁴⁸ Domstolen afviste derfor, at en medlemsstat kan anvende et beskyttelsesniveau for grundlæggende rettigheder garanteret ved dens forfatning, når dette niveau er højere end det, der følger af Chartret, hvis medlemsstaten derved hindres i at anvende bestemmelser i EU-retten. En medlemsstat kan således ikke opstille betingelser for fuldbyrdelsen af en europæisk arrestordre med det formål at undgå en fortolkning, der begrænser eller tilsidesætter de grundlæggende rettigheder, der er anerkendt i dens forfatning, når anvendelsen af sådanne betingelser ikke er tilladt i henhold til rammeafgørelsen. En sådan fortolkning ville være i strid med princippet om EU-retten forrang.⁴⁹ Chartret kan med andre ord sætte en overgrænse for beskyttelsen, idet der skal indfortolkes et forbehold om, at EU-retten forrang, enhed og effektivitet ikke svækkes. Chartret og EMRK udgør således den

laveste fællesnævner; men i modsætning til det retlige regime under EMRK tillader Chartret med andre ord ikke generelt medlemsstaterne at etablere et højere beskyttelsesniveau i forhold til grundlæggende rettigheder, hvis dette ville skabe problemer for EU-retten autonomi. Med denne afgørelse tillagde Domstolen på ny formodningen om berettigelsen af gensidig tillid og princippet om gensidig anerkendelse en ophøjet status, som til og med gør det muligt at tilsidesætte en medlemsstats forfatningsbestemte rettigheder.

Radu og N.S.

I en sag om udlevering af en røvermistænkt til Tyskland fra Rumænien var der rejst spørgsmål om, hvorvidt en anmodning om udlevering kunne afslås med den begrundelse, at den eftersøgte ret til retfærdig rettergang ikke var blevet respekteret, idet han ikke var blevet afhørt før udstedelsen af nogle arrestordre.⁵⁰ Den rumænske statsborger Ciprian Vasile Radu anførte over for Domstolen, at bestemmelserne i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre forhindrede de rumænske myndigheder i at efterprøve, om retten til en retfærdig rettergang, uskyldsformodningen og retten til frihed, som han påberåbte sig i henhold til Chartret og EMRK, var overholdt, idet arrestordre var blevet udstedt, uden at han hverken var blevet indkaldt eller havde haft mulighed for at antage en advokat eller at fremføre sit forsvar.

Generaladvokat Sharpston erindrede i sit forslag til afgørelse om, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse end den i EMRK fastsatte. Forståeligt nok fandt hun det åbenbart, at hele formålet med rammeafgørelsen ville blive undermineret, hvis det var muligt at fremsætte »rutine«-indvendinger forankret i teoretiske krænkelser af menneskerettighederne, og at kriteriet for afvisning derfor skal være strengt. Hun mente dog, at en regel om »åbenbar«-krænkelse ville være for uklar, og at det også ville være et unødigt strengt kriterium, hvis krænkelsen skal være så grundlæggende, at den indebærer en fuldstændig afvisning eller omstødelse af retten til en retfærdig rettergang. Det hensigtsmæssige kriterium burde efter generaladvokatens mening være, at manglen eller manglerne i rettergangen er sådanne, at de grundlæggende ødelægger rettergangens retfærdige karakter, og at den eftersøgte person på dette grundlag skal godtgøre, at hans indvendinger mod udlevering i det væsentlige er velbegrundede.

Domstolen gik imidlertid mere direkte til sagen og fastslog, at medlemsstaterne kun kan afslå at fuldbyrde en europæisk arrestordre i de tilfælde, der er opregnet i rammeafgørelsen. Den omstændighed, at en arrestordre er udstedt med henblik på strafforfølgning, uden at den eftersøgte person er blevet afhørt i udstedelsesstaten før udstedelsen af arrestordren, er ikke en af de i rammeafgørelsen fastsatte grunde til at afslå at imødekomme en anmodning om udlevering i en sådan sag. En pligt for de udstedende judicielle myndighe-

⁴⁵ Se sag C-399/11 (2013) *Stefano Melloni v. Ministerio Fiscal*, para. 58-64. Jf. art. 53 i Chartret. Sagen er kommenteret af mange, se bl.a. Henning Bang Fugsgang Madsen Sørensen, *De europæiske arrestordre og retten til erstatning for frihedsberøvelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2015, s. 193 ff.; Valsamis Mitsilegas, »The symbiotic relationship between mutual trust and fundamental rights in Europe's area of criminal justice«, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 6, 2015, pp. 457-480; Nina Holst-Christensen i *EU-ret og Menneskeret* 2013, nr. 4 s. 149; Merita Kettunen, *Legitimizing the Use of Transnational Criminal Law*, Helsinki 2015 pp. 183 ff. Et tidligt bidrag til temaet er i øvrigt publiceret af Jonas Bering Liisberg, »Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?«, *Common Market Law Review*, 2001, pp. 1171 ff.

⁴⁶ Jf. art. 47 (effektive retsmidler og upartisk domstol) og art. 48 (uskyldsformodning og ret til forsvar) i Chartret.

⁴⁷ Rammeafgørelsens art. 4a(1) indsat ved rammeafgørelse 2009/299/RIA. Herefter var det en gyldig afslagsgrund, hvis den mistænkte ikke havde været klar over, at der ville blive gennemført en straffesag, men ikke hvis vedkommende havde haft kendskab herom.

⁴⁸ Rammeafgørelsen er udstedt på grundlag af enstemmighed mellem medlemsstaterne, men uden Parlamentets medvirken som medlovgiver.

⁴⁹ En tilsvarende præmis lagde Domstolen på et helt andet område til grund i sag C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft* [1970], hvori det blev fastslået, at »en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat påvirkes ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er udførelse af statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur«.

⁵⁰ Sag C-396/11 (2013) *Radu* handlede først og fremmest om fortolkningen af art. 47 (effektive retsmidler og upartisk domstol) og art. 48 (uskyldsformodning og ret til forsvar) i Chartret.

der til at afhøre den eftersøgte person før udstedelsen af en sådan europæisk arrestordre ville uundgåeligt modarbejde selve den i rammeafgørelsen fastsatte overgivelsesordning og dermed virkeliggørelsen af området med frihed, sikkerhed og retfærdighed, eftersom en sådan arrestordre bør have en vis overraskelseseffekt bl.a. for at undgå, at den pågældende flygter. EU-retten sikrer derimod, at retten til at blive afhørt i fuldbyrdelsesmedlemsstaten ville blive overholdt på en måde, der ikke bringer effektiviteten af ordningen med den europæiske arrestordre i fare. Domstolen afviste følgelig, at udlevering ville være i strid med Chartrets bestemmelser om ret til effektive retsmidler og upartisk domstolskontrol eller med uskyldsformodningen og retten til forsvar. Afgørelsen vakte skuffelse blandt fortalere for bedre beskyttelse af retten til retfærdig rettergang i forbindelse med udlevering i straffesager.⁵¹

På et tilgrænsende område statuerede Domstolen i de forenede sager *N.S. m.fl.*, at Chartret finder anvendelse, hvis der ligefrem kan antages at være »systemiske mangler« ved asylprocedure og modtageforhold. Dette kan bevirke, at den ellers stærke formodning om alle medlemsstaters overholdelse af EU-retten helt undtagelsesvist afkræftes. Forudsætningen herfor er, at der foreligger en konkret begrundet risiko for, at Chartrets forbud mod umenneskelig og nedværdigende behandling mv. ville blive krænket. Tilbageførsel af en afghansk asylansøger fra Storbritannien til Grækenland blev i det givne tilfælde fundet ulovlig.⁵² Domstolen opererer således med forskellige standarder for den vægt, som varetagelsen af grundlæggende rettigheder forudsætter på forskellige reguleringsområder inden for området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Der kræves mere for at afkræfte formodningen om grundlaget for gensidig tillid, når det gælder straffeprocessuelle retsakter om gensidig anerkendelse, end der gør på asylområdet, hvor det i lyset af princippet om non-refoulement er muligt at afkræfte formodningen om, at grundlaget for gensidig tillid er til stede.

De forenede sager Aranyosi & Căldăraru

I en ny dom har Domstolen videreudviklet sin opfattelse af den retlige betydning af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager henholdsvis princippet om gensidig tillid samt spørgsmålet om disse princippers indbyrdes forhold og forbindelse til grundlæggende rettigheder.⁵³ De to forenede sager handlede

først og fremmest om fortolkningen af den bestemmelse i rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre, hvorefter denne retsakt ikke indebærer nogen ændring af pligten til at respektere de grundlæggende rettigheder og grundlæggende retsprincipper, således som de er defineret i art. 6 TEU.⁵⁴ I den ene sag var der i Ungarn udstedt to arrestordrer med henblik på udlevering fra Tyskland af en ungarsk statsborger til strafforfølgning for indbrudstyveri og hærværk. I den anden sag var der i Rumænien udstedt en arrestordre med henblik på udlevering fra Tyskland af en rumænsk statsborger til fuldbyrdelse af idømt fællesstraf af fængsel i 1 år og 4 måneder for gentagen kørsel uden kørekort.

Fuldbyrdelsen af en europæisk arrestordre indebærer, at den udleverede person frihedsberøves i en anden medlemsstat. I de pågældende sager var anklagemyndigheden i Bremen opmærksom på, at forholdene i nogle af fængslerne i Ungarn og Rumænien ikke opfylder de europæiske minimumstandards, og der blev derfor rettet forespørgsel til de pågældende judicielle myndigheder for at få oplyst, hvilke fængsler de efterlyste ville blive indsat i, hvis de blev udleveret.⁵⁵ Da dette ikke førte til klare og betryggende svar, forelagde appeldomstolen i Bremen derefter i begge sager Domstolen nogle spørgsmål om, hvordan man skulle forholde sig, når der foreligger vægtige oplysninger om, at forholdene under frihedsberøvelse i den udstedende/anmodende medlemsstat er uforenelige med de grundlæggende rettigheder, herunder navnlig med art. 4 i Chartret, jf. art. 3 i EMRK.⁵⁶ Det præjudicielle spørgsmål drejede sig med andre ord grundlæggende om rækkevidden af princippet om gensidig anerkendelse i tilfælde, hvor grundlaget for at have tillid til en anden medlemsstats overholdelse af grundlæggende rettigheder viser sig skrøbeligt.

Forholdsvis kort fortalt kom Domstolen frem til, at rammeafgørelsens bestemmelser skal fortolkes som følger: En konstatering af, at der foreligger en reel risiko for umenneskelig eller nedværdigende behandling på grund af de generelle forhold under frihedsberøvelse i den udstedende medlemsstat, kan ikke som sådan føre til et afslag på at fuldbyrde/imødekomme en europæisk arrestordre.⁵⁷ Oplysninger herom indebærer »ikke nødvendigvis i sig selv«, at den berørte person i en konkret sag efter udlevering vil blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling. Men foreligger der »objektive, pålidelige, konkrete og behørigt opdaterede oplysning-

⁵¹ Afgørelsen er kritiseret af mange. En god analyse findes hos Ermioni Xanthopoulou, *New Journal of European Criminal Law*, 2015 pp. 32-52. Se også Alex Tinsley, *European Criminal Law Review*, 2012 pp. 338-352, samt Valsamis Mitsilegas, *Yearbook of European Law*, 2012 pp. 319-330.

⁵² Se de forenede sager C-411/10 og 493/10 (2014) *N.S. and Others v. Secretary of State for the Home Department*, der ligger i forlængelse af EMD's afgørelse i sagen *MSS v. Belgien og Grækenland* 21/1 2011. Sagen handlede om forbuddet mod umenneskelig og nedværdigende behandling, jf. art. 4 i Chartret smh. art. 3 EMRK. Se også den efterfølgende afgørelse ved EMD i sagen *Tarakhel v. Switzerland* 04.11.2014, hvor det blev lagt til grund, at det ved afgørelser under Dublin III-forordningen påhviler staterne at anlægge »en grundig og individualiseret undersøgelse« af risikoen for tilsidesættelse af en asylansøgers grundlæggende rettigheder, og at der forelå tilstrækkelig tvivl om det italienske asylsystems standard til, at en overførsel ikke umiddelbart kunne finde sted.

⁵³ De forenede sager Pál Aranyosi (sag C-404/15) og Robert Căldăraru (sag C-659/15 PPU), Store Afdeling, dom af 5. april 2016. Den danske dommer, afdelingsformand Lars Bay Larsen medvirkede i afgørelsen.

⁵⁴ Rammeafgørelsens art. 1(3).

⁵⁵ Ungarn er ved EMD blevet dømt for overtrædelse af EMRK art. 3 ved at overfylde sine fængsler og at anbringe de indsatte i for små og overbelagte celler, se sagen *Varga et al.*, der blev afgjort som prøvesag efter forelæggelse af 450 lignende søgsmål. Rumænien er i flere sager blevet dømt ved EMD for overtrædelse af EMRK art. 3 ved at anbringe indsatte i for små og overbelagte, snavsede celler uden tilstrækkelig opvarmning og uden varmt vand, se således sagerne *Voicu, Bujorean og Buriacu*. Tilsvarende konklusioner har Torturkomitéen draget for begge landes vedkommende. Også en række andre lande er blevet dømt ved EMD for tilsvarende krænkelser, bl.a. Litauen, Polen, Slovenien og Bulgarien. Såvel Kommissionen som Parlamentet gav allerede i 2011 udtryk for bekymring over forholdene under frihedsberøvelse, herunder om betydningen heraf for anvendelsen af de instrumenter, der bygger på princippet om gensidig anerkendelse, jf. P7_TA(2011)0585 og COM(2011)175 final, pkt. 4.

⁵⁶ I den forbindelse blev der også rejst spørgsmål om muligheden for at indhente garantier for overholdelse af kravene til forholdene under frihedsberøvelse, jf. rammeafgørelsens art. 5 om garantier, som den udstedende medlemsstat skal give i særlige tilfælde, samt art. 6(1) om fastlæggelse af kompetence. Domstolen valgte en anden tilgang og berørte derfor ikke dette spørgsmål, se i det følgende om den foreskrevne horisontale dialog med henblik på fremskaffelse af oplysninger om forholdene i den udstedende medlemsstat.

⁵⁷ Til det følgende, se især dommens præmisser pkt. 91 ff.

er« om, at der ved forholdene under frihedsberøvelse i den udstedende medlemsstat er »mangler, der kan være systemiske eller generelle, eller som kan berøre visse persongrupper eller visse fængselsenheder«, skal den fuldbyrdende judicielle myndighed foretage en konkret og præcis prøvelse af, om der er vægtige grunde til at antage, at en udleveret person »på grund af forholdene under sin frihedsberøvelse i denne medlemsstat løber en reel risiko for at blive udsat for umenneskelig eller nedværdigende behandling«. ⁵⁸ Med henblik herpå skal den anmode om de nødvendige supplerende oplysninger fra den udstedende judicielle myndighed, der har pligt til at afgive disse oplysninger. Den fuldbyrdende judicielle myndighed kan ikke umiddelbart opgive fuldbyrdelse af arrestordren, men skal udsætte sin afgørelse vedrørende udlevering, indtil den får supplerende oplysninger, som giver mulighed for at afvise forekomsten af en sådan – individuel og specifik – risiko. ⁵⁹ Såfremt en sådan risiko så ikke inden for en rimelig frist kan afvises, »skal myndigheden beslutte, om overgivelsesproceduren skal bringes til ophør«. ⁶⁰

Rationalet bag den i dommen foreskrevne procedure svarer til det, der ligger til grund for fastlæggelsen af proceduren i forbindelse med overvejelser om at afvise fuldbyrdelse af en europæisk efterforskningskendelse. ⁶¹ Men det af Domstolen opstillede materielle kriterium for afvisning af at fuldbyrde en arrestordre er strengere end det i direktivet om efterforskningskendelsen opstillede. Imødekommelse af en efterforskningskendelse kan som nævnt afvises, når der blot er »vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af den efterforskningsforanstaltning, der er anført i den europæiske efterforskningskendelse, ville være uforenelig med fuldbyrdesstatens pligter i henhold til art. 6 TEU og Chartret«. ⁶² Det skal dog her tages i betragtning, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre i modsætning til direktivet ikke indeholder nogen generel afslagsgrund med henvisning til krænkelse af grundlæggende rettigheder.

Med afgørelsen giver Domstolen plads til, at en medlemsstats judicielle myndigheder i visse konkrete sager om gensidig anerkendelse af retsafgørelser i straffesager foretager en vis form for kontrol af den faktiske overholdelse af grundlæggende rettigheder i den

anmodende medlemsstat. Forekomsten af systemiske eller generelle mangler giver ikke uden videre grundlag for at nægte udlevering, men kun for at iværksætte nærmere undersøgelser, og kun hvis der herefter stadig foreligger en reel risiko for krænkelse, kan det være en mulighed at afvise anmodningen. Om dette skal ske, overlades til den anmodende myndigheds judicielle skøn, hvilket er bemærkelsesværdigt. Domstolen har dermed nuanceret den i de ovenfor omtalte sager tilsyneladende kategoriske fastholdelse af, at rammeafgørelsen om den europæiske arrestordre gør udtømmende op med de gyldige grunde til at afvise en anmodning om udlevering, og at den gensidige tillid mellem medlemsstaterne med hensyn til at respektere individets grundlæggende rettigheder forudsættes at være uden begrænsninger.

Ved at handle om udlevering med henblik på frihedsberøvelse i nogle af de medlemslande, hvor de fysiske forhold i fængslerne notorisk er umenneskelige, adskiller den nye afgørelse sig ved sin genstand fra sagerne *Advocaaten*, *Melloni* og *Radu*. De hensyn, der var på spil i de tidligere afgjorte sager, var vigtige og principielle, men dog af mere abstrakt karakter end hensynet til at afværge en åbenbar og nærliggende risiko for umiddelbar fysisk og psykisk overlast. I dette lys har den foreliggende problemstilling større lighed med substansen i de forenede sager *N.S. m.fl.* om tilbageførsel af asylansøgere. Når EMD i flere sager har måttet lægge til grund, at fængselsforholdene i Ungarn og Rumænien i konkrete tilfælde var i strid med EMRK art. 3, har Domstolen næppe haft andet valg end at anerkende muligheden for en vis modificering af »princippet om gensidig tillid«. Det har muligvis også gjort et vist indtryk, at domstole i flere af medlemsstaterne i en række sager har vægret sig ved at udlevere eftersøgte personer til visse andre medlemsstater eller i det mindste har iværksat nærmere undersøgelser i tilfælde, hvor anmodningen kom fra lande med notorisk problematiske fængselsforhold. Også danske domstole har haft lejlighed til at beskæftige sig med problematikken og har sådan set fulgt en kurs, der har foregrebet den linje, som Domstolen nu har stadfæstet. ⁶³ I øvrigt har den tyske forfatningsdomstol i en nylig afgørelse fastholdt sin kompetence til at sikre overholdelsen af væsent-

⁵⁸ Domstolen har ikke forholdt sig nærmere til spørgsmålet om, hvilke oplysningskilder der kan være relevante.

⁵⁹ I sådanne tilfælde forudsættes det, at Eurojust underrettes med angivelse af grundene til udsættelsen, jf. art. 17(7) i rammeafgørelsen. I overensstemmelsen med Chartrets art. 6 om retten til frihed mv. og proportionalitetsgrundsætningen i Chartrets art. 52(1) forudsættes det i øvrigt, at den berørte under sagens behandling ikke undergives varetægtsfængsling i uforholdsmæssigt omfang, ligesom Chartrets art. 48 om uskyldsformodningen skal iagttages.

⁶⁰ Dommens pkt. 104 in fine.

⁶¹ Jf. dir. 2014/41/EU art. 11(4).

⁶² Jf. dir. 2014/41/EU art. 11(1)(f).

⁶³ Udleveringsloven indeholder en udtrykkelig regel om, at udlevering skal afslås, hvis der er risiko for tortur eller anden umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf, jf. § 10 h, stk. 2. I en nyere sag om udlevering af en dansk statsborger fra Danmark til Italien med henblik på strafforfølgning for bedrageri blev Justitsministeriets beslutning indbragt for domstolene med påstand om ophævelse. Det blev anført, at udlevering som følge af de dårlige italienske fængselsforhold ville være i strid med art. 3 EMRK, og bevisførelsen omfattede en udførlig gennemgang af praksis ved EMD, herunder afgørelsen i sag nr. 43517/09 *Torreggiani m.fl.* og en række andre kilder, ligesom der blev fremlagt udtalelser fra det italienske justitsministerium. Byretten havde lagt til grund, at der forelå en reel risiko, og ophævede følgelig beslutningen om udlevering. Samme resultat nåede en enkelt dommer i Østre Landsret til; men et flertal af to andre dommere tog en forsikring fra de italienske myndigheder til efterretning og fandt udleveringen lovlig. Se 9. afdelings kendelse af 16. marts 2015 i keremål nr. S-123-15. Om opretholdelse af varetægtsfængslingen i samme sag, se U 2015.2843 H. Se tillige U 2016.623 Ø om udlevering af dansk statsborger til Frankrig efter afvisning af risiko for »åbenbar krænkelse« af EMRK art. 6.

lige forfatningsbestemte garantier i sager vedrørende den europæiske arrestordre.⁶⁴

Domstolens afgørelse kan nok ikke udlægges som en direkte fravigelse af linjen i de tidligere domme på området, om end det ud af præmisserne i disse ikke lod sig ane, om Domstolen trods alt ville være indstillet på en vis nedtoning af kravene til medlemsstaternes gensidige tillid. Derimod kan det konstateres, at den nye afgørelse i den specifikke kontekst bygger videre på Domstolens tilkendegivelser i udtalelse 2/13 om udkast til aftale om Den Europæiske Unions tiltrædelse af EMRK. Domstolen gav heri udtryk for, at medlemsstaterne skal lægge til grund, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de heri anerkendte grundlæggende rettigheder, »medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder«.⁶⁵

Generaladvokat Bot havde i sit forslag til afgørelse drøftet spørgsmålet om anvendelse i den foreliggende sag af de principper, som Domstolen havde lagt til grund i sagen *N.S.*⁶⁶ En sådan analogi afviste generaladvokaten med en række begrundelser, hvori bl.a. indgik følgende betragtninger om forskellene på de to reguleringsområder:⁶⁷

»Det fælles europæiske asylsystem har [...] til formål at oprette et område for beskyttelse og solidaritet for personer, der flygter fra forfølgelse eller alvorlig overgreb mod deres person, og som har behov for international beskyttelse. Den europæiske arrestordre har for sin del til formål at sikre bekæmpelsen af kriminalitet i Unionen ved at gøre det muligt at sikre retsforfølgning, domfældelse og straffuldbyardelse i forhold til gerningsmænd, der har begået en straffelovsovertrædelse.«

Generaladvokaten lagde afgørende vægt på behovet for effektivitet i retshåndhævelsen og ville derfor opretholde den fulde rækkevidde af princippet om gensidig anerkendelse, idet der ellers ville opstå risiko for, at eftersøgte personer kunne blive ansporet til at tage ophold i en anden medlemsstat for at unddrage sig strafforfølgning eller for at kunne afsone idømt straf i denne stat. Dette ville føre til en »paralysering« af den med rammeafgørelsen indførte ordning.

I erkendelse af behovet for at sikre overholdelsen af grundlæggende rettigheder pegede generaladvokaten dog på, at *de udstedende judicielle myndigheder* i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet har pligt til at foretage en afvejning af behovet for at udstede en europæisk arrestordre i lyset af såvel overtrædelsens art som de konkrete forhold under straffuldbyardelse.⁶⁸ Pligten til at foretage en sådan proportionalitetskontrol skulle angiveligt være en »garanti« for den gensidige tillid, som den fuldbyardende myndighed skal udvise.⁶⁹ Generaladvokaten tilføjede, at det påhviler den udstedende medlemsstat at træffe alle nødvendige foranstalt-

ninger for at sikre overholdelsen af den udleverede persons grundlæggende rettigheder, herunder efter behov også ved kriminalpolitiske reformer. Efter alt foreliggende har det lange udsigter at få gennemført sådanne i adskillige medlemslande, så det kan med rette betvivles, om besværgende påberåbelser af selve retsgrundlaget med et vist anstrøg af begrebsjurisprudens er tilstrækkelig betryggende, når konkrete udleveringssager skal afgøres.

Imidlertid måtte generaladvokaten medgive, at det i tilfælde af systemiske mangler kan være legitimt for den fuldbyardende myndighed at sætte spørgsmålstejn ved, om der er risiko for krænkelse i tilfælde af udlevering. I så fald skal det gennem udveksling af oplysninger vurderes, om forholdene under frihedsberøvelse faktisk ikke er forholdsmæssige.⁷⁰ Herefter vil det angiveligt kunne forventes, at der i konkrete tilfælde kun sjældent vil stå spørgsmål tilbage for den fuldbyardende myndighed. Skulle denne i forbindelse med proportionalitetskontrollen dog fortsat stå over for en særlig vanskelig vurderingssituation, skal spørgsmålet forelægges Domstolen, som dermed vil komme til at indtage rollen som menneskerettighedsdomstol.

Domstolen fulgte ikke generaladvokatens uhyre kategoriske forslag, som reelt indebar, at der ikke skulle tilkomme nationale domstole nogen som helst form for residual kompetence til at afvise imødekommelse af en europæisk arrestordre i tilfælde af systemiske eller andre generelle mangler i udstedelsesstatens retsorden.

Med den seneste afgørelse på området har Domstolen nu anerkendt en marginal adgang til kontrol med, om eftersøgte personers grundlæggende rettigheder respekteres ved udlevering. Med det af Domstolen fastsatte kriterium for at udøve en sådan kompetence er tærsklen imidlertid forsat høj. Afgørelsen er udtryk for, at Domstolen fortsat vil håndhæve en meget snæver fortolkning og dermed en streng anvendelse af principperne om gensidig tillid og pligten til anerkendelse af andre medlemsstaters retsafgørelser i straffesager. Afgørelsen kan i øvrigt ikke tages til indtægt for, at en tilsvarende åbning vil vise sig på områder, hvor det ikke drejer sig om, hvorvidt forholdene under frihedsberøvelse er i strid med grundlæggende rettigheder. Men den kan siges at være udtryk for en anerkendelse af, at der trods alt er grænser for, i hvilket omfang grundlæggende rettigheder som en del af primær EU-ret må vige for det generelle princip om gensidig anerkendelse.

⁶⁴ Afgørelsen 2 BvR 2535/14 bygger således på følgende præmis: »The fact that the principle of mutual trust does not apply without limits even according to Union law also signifies that the national judicial authorities, upon relevant indications, are authorised, and under an obligation, to review whether the requirements under the rule of law have been complied with, even if the European arrest warrant formally meets the requirements of the Framework Decision. Also under a Union law perspective, an effective judicial review presupposes that the court that decides about the extradition is able to conduct the relevant investigations as long as the extradition system established by the Framework Decision remains effective in practice. As a consequence, the requirements under Union law with regard to the execution of a European arrest warrant are not beneath those that are required by Art. 1 sec. 1 GG as minimum guarantees of the rights of the accused.«

⁶⁵ Jf. dommens pkt. 78, der indeholder samme formulering som Domstolens udtalelse 2/13. Om udtalelsen, se nærmere nedenfor.

⁶⁶ Se pkt. 5 samt afsnit IV i forslag af 3. marts 2016 fra generaladvokat Y. Bot.

⁶⁷ Se pkt. 44-65 i generaladvokatens forslag. Det citerede afsnit står i pkt. 51. Det fremhæves i øvrigt, at afvisning af tilbageførsel alene har den konsekvens, at den pågældende medlemsstat så selv må behandle asylsagen efter de fælles EU-regler herom.

⁶⁸ Se i det hele afsnit V i generaladvokatens forslag, herunder pkt. 155: »Det følger nemlig af selve ånden bag ordningen, at denne kontrol påhviler den udstedende judicielle myndighed, idet en europæisk arrestordre skal opfylde denne betingelse allerede før den forlader det nationale område.« Under de følgende punkter erkendes det imidlertid, at det som følge af visse nationale lovgivningers anvendelse af legalitetsprincippet ikke altid er muligt at foretage en sådan kontrol. Så derfor kan det alligevel være legitimt at rejse spørgsmålet om proportionalitet!

⁶⁹ Se således pkt. 6-9 samt pkt. 183 i generaladvokatens forslag. Dette omfatter i øvrigt en analyse af rammeafgørelsens ordlyd, opbygning og bærende principper.

⁷⁰ Se nærmere pkt. 133-134 i generaladvokatens forslag.

Gensidig tillid, gensidig anerkendelse og de grundlæggende rettigheder

Undervejs i bestræbelserne hen imod stadig større integration på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed er det blevet tydeligt, at de traktatbestemte målsætninger og de supplerende programmerklæringer i realiteten er til dels modstridende. Til trods for besværgende målsætninger om, at retshåndhævelsesforanstaltninger og foranstaltninger til sikring af individuelle rettigheder, retsstaten og internationale beskyttelsesregler »går hånd i hånd i samme retning og styrker hinanden gensidigt«, peger tendensen i såvel de mange retsakter om det politimæssige og strafferetlige samarbejde som i praksis på området klart i retning af, at sikkerhed betones på bekostning af frihed og retfærdighed.

I udtalelse 2/13 om udkast til aftale om tiltrædelse af EMRK fremhævede Domstolen den grundlæggende betydning af det, der herefter ligefrem blev betegnet som »princippet« om gensidig tillid på området med frihed, sikkerhed og retfærdighed.⁷¹ I den påtænkte aftale var der valgt en tilgang, der under konventionen ville ligestille Unionen med en stat og dermed tildele Unionen en rolle, der på alle punkter var identisk med rollen for enhver anden kontraherende part. Dette fandt Domstolen stridende mod Unionens egenart, idet medlemsstaternes indbyrdes forbindelser på de områder, der er genstand for en overførsel af kompetence fra medlemsstaterne til Unionen, reguleres af EU-retten og ikke af nogen anden ret. I det omfang EMRK måtte pålægge en medlemsstat et krav om at kontrollere en anden medlemsstats overholdelse af de grundlæggende rettigheder, mens det i henhold til EU-retten forudsættes, at der er gensidig tillid mellem disse medlemsstater, ville tiltrædelsen kunne bringe såvel den ligevægt, Unionen er baseret på, som EU-rettens autonomi i fare. I lyset heraf fandt Domstolen, at Unionens påtænkte tiltrædelse af EMRK som fastslagt i det foreliggende aftaleudkast ville kunne gribe ind i EU-rettens særlige karakteristika og i EU-rettens autonomi. Domstolen tillagde i den forbindelse »princippet om gensidig tillid« den betydning, at medlemsstaterne skal lægge til grund, at samtlige andre medlemsstater overholder EU-retten og navnlig de heri anerkendte grundlæggende rettigheder, »medmindre der er tale om helt særlige omstændigheder«.⁷² Når medlemsstaterne gennemfører EU-retten, er det således ifølge Domstolen hverken muligt for dem at kræve et nationalt beskyttelsesniveau af en anden medlemsstat, der er højere end det ved EU-retten sikrede, eller – undtagen i særlige tilfælde – at kontrollere om denne anden medlemsstat i et konkret tilfælde rent faktisk har overholdt de i Unionen sikrede grundlæggende rettigheder.

Domstolens udtalelse og de omtalte afgørelser er udtryk for en ganske vidtgående tilslutning til en ordening, hvorunder varetagelsen af en effektiv og konsekvent beskyttelse af borgernes grundlæggende rettigheder principielt må vige for opretholdelsen af en abstrakt

forestilling om berettigelsen af gensidig tillid til standarden af de andre medlemsstaters retsordener.⁷³ Den enkelte medlemsstat har ikke lov til at stille krav om en højere standard end fastsat i EU-retten, og i princippet må myndighederne i en medlemsstat heller ikke i konkrete sager foretage nogen undersøgelse af, om der er fornødent grundlag for at nære tillid til en anden stats overholdelse af de grundlæggende rettigheder. Dermed har EU-Domstolen opstillet en højere tærskel end den, der lægges til grund ved EMD, der ikke kræver »helt særlige omstændigheder« for at anerkende et anbringende om, at grænseoverskridende retshjælp eller overførsel ville stride mod grundlæggende rettigheder. I øvrigt afviger Domstolens tilgang på bemærkelsesværdig vis fra den, der er benyttet i nyere lovgivning på området. Direktivet om den europæiske efterforskningskendelse anerkender således, at det kan være en afslagsgrund, hvis imødekommelse af en retsanmodning ville være uforenelig med grundlæggende rettigheder.⁷⁴ Domstolens linje er da også med rette blevet kritiseret af flere.⁷⁵

Ved ligefrem at ophøje formodningen om berettigelsen af gensidig tillid til et grundlæggende princip levner Domstolen ikke megen plads til efterprøvelse af, om tilliden er velbegrundet, eller om der i det konkrete tilfælde er rimelig anledning til at afkræfte formodningen i lyset af udsigten til en krænkelse af grundlæggende rettigheder. Hensynet til at fremme samarbejdet om en effektiv retshåndhævelse giver princippet om gensidig anerkendelse en retlig status, der indebærer vidtgående begrænsninger af hensynet til individets mulighed for retfærdig rettergang og faktisk overholdelse af grundlæggende rettigheder i den udstedende medlemsstat. En sådan doktrin er åbenlyst ude af trit med linjen i Strasbourg, og den står i skarp kontrast til de gennemgående programmerklæringer fra institutionerne om, at Unionen garanterer en effektiv beskyttelse af grundlæggende rettigheder.

I retsakter udstedt på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse betones det gennemgående i de ikke juridisk bindende præambelbetragtninger, at berørte personers grundlæggende friheder og rettigheder skal respekteres, sådan som disse inden for rammerne af EU-retten og den europæiske menneskeret er fastlagt i de enkelte medlemsstaters nationale ret. I flere af de nye direktiver på det strafferetlige område har den politisk-ideologiske forankring af samarbejdet i »en høj grad af tillid mellem medlemsstaterne« bl.a. fået følgende programatiske udtryk, som også rummer en vis erkendelse af, at grundlaget for gensidig tillid kan være forholdsvis skrøbeligt:

»Selv om samtlige medlemsstater er part i den europæiske menneskerettighedskonvention, har erfaringerne vist, at dette ikke i sig selv altid giver en tilstrækkelig grad af tillid til andre medlemsstaters strafferetssystemer ... En styrkelse af den gensidige tillid kræver en mere konsekvent gennemførelse af de rettigheder og garantier, der er fastsat i art. 6 i den europæiske menneskerettighedskon-

⁷¹ Domstolens udtalelse 2/13 af 18. december 2014.

⁷² Domstolen henviste her til afgørelserne i *N.S. og Melloni*.

⁷³ Jf. Valsamis Mitsilegas, *New Journal of European Criminal Law*, 2015 pp. 457-480.

⁷⁴ Imødekommelse af en efterforskningskendelse kan afvises, når »der er vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af den efterforskningsforanstaltning, der er anført i den europæiske efterforskningskendelse, ville være uforenelig med fuldbyrdelsesstatens pligter i henhold til art. 6 TEU og Chartret«, jf. art. 11(1)(f) i direktivet. Se også præambelbetragtning 19 i direktivet: »Oprettelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed i Unionen er baseret på gensidig tillid og en formodning om alle medlemsstaters overholdelse af EU-retten, navnlig de grundlæggende rettigheder. Denne formodning er dog afviselig. Hvis der er vægtige grunde til at tro, at gennemførelsen af en efterforskningsforanstaltning, der er anført i en europæisk efterforskningskendelse, ville medføre krænkelse af en grundlæggende ret, og at fuldbyrdelsesmedlemsstaten ville tilsidesætte sine pligter vedrørende beskyttelse af grundlæggende rettigheder, der anerkendes i Chartret, bør fuldbyrdelsen af kendelsen afslås.«

⁷⁵ »The willingness of the Court of Justice to sacrifice an individualised case-by-case assessment of the human rights implications of the execution of a mutual recognition order in the name of uncritical, presumed mutual trust is a clear challenge for the effective protection of fundamental rights in the European Union and run the risk of resulting in a lower protection of fundamental rights in systems of inter-state cooperation within the EU compared to the level of protection provided by the Strasbourg Court in ECHR cases.«, Mitsilegas, *ibid.* p. 474.

vention. Der kræves ligeledes en videreudvikling inden for Unionen af mindstestandarderne i EMRK og Chartret ...»⁷⁶

»Gennemførelsen af princippet om gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager forudsætter, at medlemsstaterne har tillid til hinandens strafferetlige systemer. Omfanget af den gensidige anerkendelse hænger snævert sammen med en række parametre, herunder mekanismerne for beskyttelse af mistænkte eller tiltalte rettigheder og fælles minimumsstandards, der er nødvendige for at lette anvendelsen af princippet om gensidig anerkendelse ... Gensidig anerkendelse af afgørelser i straffesager kan kun fungere effektivt, når der hersker tillid, således at ikke blot retsmyndighederne, men alle aktører i strafferetsprocessen, opfatter andre medlemsstaters retsmyndigheds afgørelser som svarende til deres egne, hvilket forudsætter ikke blot tillid til tilstrækkeligheden af andre medlemsstaters regler, men også tillid til, at disse regler anvendes korrekt.«⁷⁷

»Fælles minimumsregler bør føre til øget tillid til alle medlemsstaternes straffesystemer, hvilket igen bør føre til et mere effektivt retligt samarbejde i et klima af gensidig tillid og til fremme af en kultur med respekt for grundlæggende rettigheder i Unionen. Sådanne fælles minimumsregler bør tillige fjerne hindringer for borgernes fri bevægelighed på hele medlemsstaternes område...«⁷⁸

EMRK og Chartret sikrer kun en række mindstestandarder med hensyn til retfærdig rettergang. Medlemsstaternes retstraditioner og velfærdsniveauer er fortsat meget varierende, så det kan frembyde betydelige praktiske udfordringer og være særligt belastende at blive undergivet vilkårene i en anden medlemsstat og dennes retsorden, ikke mindst i tilfælde af udlevering til strafforfølgning eller straffuldbyrde.⁷⁹ Ved at lade forudsætningen om gensidig tillid være afgørende, undviger man en erkendelse af den reelle uensartethed og de i nogle tilfælde uforsvarlige faktiske forhold, f.eks. overbelægning i fængsler. Man slipper således for at forholde sig til spørgsmålet om funktionel ækvivalens og dermed til spørgsmålet om behovet for yderligere tilnærmelse eller egentlig harmonisering af medlemsstaternes lovgivning. I stedet udformes mange retsakter på en sådan måde, at der indbygges mangfoldige undtagelser, og dermed praktiseres en forholdsvis svag form af princippet om gensidig anerkendelse. Forankringen af princippet om gensidig anerkendelse i gensidig tillid er dermed udtryk for en politisk betonet besværgelse, som kun til dels afspejler en praktisk realitet, idet bestræbelserne på at opnå en passende balance mellem hensynet til retshåndhævelsen og hensynet til mistænkte personers retssikkerhed og øvrige vilkår kun i et vist omfang har båret frugt.⁸⁰

Som nogle af de ovenfor refererede afgørelser samt udtalelse 2/13 viser, har Domstolen anlagt en temmelig uforbeholden tilslutning til forestillingen om, at de judicielle myndigheder i medlemsstaterne allerede på det foreliggende retlige og faktuelle grundlag næsten uden forbehold kan nære tillid til standarderne i de øvrige medlemsstaters retssystemer. Derved har Domstolen i det væsentlige godtaget bestræbelserne på at lette retshåndhævelsen på de regulerede områder på bekostning af hensynet til de berørtes grundlæggende rettigheder. Forestillingen om berettigelsen af gensidig tillid bliver

derved en blåstempling af retstilstanden og de faktiske forhold i den medlemsstat, som udsteder en retsanmodning på grundlag af en retsakt med forankring i princippet om gensidig anerkendelse. Der levnes i hvert fald ikke megen plads til efterprøvelse af den udstedende stats overholdelse af menneskeretlige minimumsstandarder eller til hensyntagen til konsekvenserne for de berørte ved imødekommelse af ønsket om gensidig anerkendelse. Dette bliver særligt påfaldende, når en medlemsstats forfatningsretligt sikrede rettigheder kan trumfes af EU-retten som i tilfældet *Melloni*.

I samspillet med medlemsstaterne og institutionerne har Domstolen med afgørelserne i *Pupino*, *Kadi*, *N.S.*, *Digital Rights* og *Schrems* sat individet i centrum og spillet grundlæggende rettigheder som trumf over for medlemsstaterne, Kommissionen og sågar Sikkerhedsrådet og USA. Men i afgørelserne om rækkevidden af forpligtelserne i henhold til rammeafgårelsen om den europæiske arrestordre samt i udtalelse 2/13 har hensynet til det politisk fastlagte ønske om integration fået overvægt, hvilket er ensbetydende med, at sikkerhed i skikkelse af retshåndhævelse har fået forrang i forhold til retfærdig rettergang.⁸¹ Med hensyn til fastlæggelsen og afklarings af, hvad retten til retfærdig rettergang indebærer i konkrete sammenhænge, er der fortsat store udfordringer for institutionerne.

For Domstolen er det en særlig udfordring at sikre balance og sammenhæng. Som autoritativ fortolker af såvel traktatgrundlaget som sekundære retsakter er det Domstolens rolle at varetage hensynet til den fremadskridende, men skrøbelige og modsætningsfyldte integration på området, samtidig med at det påhviler Domstolen at være den ultimative garant for sikringen af de grundlæggende rettigheder. Udøvelsen af denne funktion er velkendt fra udviklingen af det indre marked, men har til dels en anden karakter, når det gælder området med frihed, sikkerhed og retfærdighed. Det er begrænset, hvad institutionerne kan gøre for at sikre overholdelsen af de grundlæggende rettigheder på det strafferetlige område, hvor både retskulturelle forskelle og økonomiske prioriteringer på nogle områder har afgørende betydning. De enkelte medlemsstater har varierende opfattelser og er i forskellige sammenhænge mere eller mindre utilbøjelige til at indordne sig under et fælles regime, som forudsætter afkald på suverænitet og opretholdelse af nationale retstraditioner samt eventuelt også bekostelige reformer. Dette er særlig tydeligt for så vidt angår de særlige forbehold, som gælder for Danmark, Storbritannien og Irland; men også andre medlemsstater er forbeholdne. Og hele retsgrundlaget er kendetegnet ved stor tilbageholdenhed i tildelingen af kompetencer og hjemlede instrumenter. Lissabon-traktaten indebærer en højere grad af unionisering, men traktaterne og de sekundære retsakter afspejler fortsat væsentlige brydningspunkter mellem de forskellige principper og hensyn, herunder i forhold til beskyttelsen af grundlæggende rettigheder.

⁷⁶ Præambelbetragtninger 6 og 7 i dir. 2010/74/EU om tolke- og oversætterbistand.

⁷⁷ Præambelbetragtninger 3, 4 og 8 i dir. 2012/13/EU om ret til information under straffesager. Tilsvarende formuleringer findes i andre direktiver.

⁷⁸ Præambelbetagtning 8 i dir. 2013/48/EU om ret til advokatbistand mv. I øvrigt er nogle af betragtningerne fra andre direktiver gentaget.

⁷⁹ Ikke mindst praksis med hensyn til varetægtsfængsling og forholdene under frihedsberøvelse i visse medlemsstater har med rette givet anledning til bekymring og i visse tilfælde afslag på anmodninger om udlevering. Organisationen Fair Trials er særdeles aktiv i bestræbelserne på at håndhæve og forbedre retstilstanden på området.

⁸⁰ Et ambitiøst initiativ til sikring af sigtedes rettigheder blev taget med Kommissionens *Green Paper on Procedural Safeguards for Suspects and Defendants in Criminal Proceedings throughout the European Union*, COM (2003) 75 final, som gav afsæt for et forslag om en rammeafgårelse på området, COM (2004) 328 final. Denne retsakt er der imidlertid aldrig lykkedes at opnå politisk enighed om. Med Rådets vedtagelse i 2010 af Stockholm-programmet blev der skitseret en plan for styrkelse af sigtedes og anklagedes retsstilling. Både Kommissionen og Parlamentet har taget tråden op i diverse principudtalelser, se f.eks. Parlamentets resolution af 02.04.2014, *Mid-term Review of the Stockholm Programme*.

⁸¹ Mitsilegas afrunder sin analyse i ovennævnte artikel ved at udtrykke en forhåbning om, at Domstolen vil være mere indstillet på at håndhæve grundlæggende rettigheder i sager om fortolkningen af retsakter, som direkte retter sig mod at sikre retten til retfærdig rettergang, end i sager om fortolkningen af retsakter, der tager det modsatte udgangspunkt, nemlig at styrke samarbejdet på grundlag af princippet om gensidig anerkendelse. I førstnævnte tilfælde vil det være individets retsstilling, der står i centrum, i andet tilfælde vil det være sammenhængskraften i den interne retsorden.